

TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA(?)

JOSÉ JOERLAN HOLANDA SILVEIRA

Advogado, Especializando em Direito e Processo Penal, Universidade Potiguar (UNP) e Mestrando em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: joerlanholanda@hotmail.com

Resumo

Sob a égide da Justiça Penal Restaurativa ou Penal Consensual, a Lei 9.099/95, criadora do Juizado Especial Cível e Criminal, representa um marco no direito pátrio, logo, fez com que caísse por terra, nas hipóteses de sua competência, o formalismo dos procedimentos solenes, impondo maior celeridade na solução dos processos. A aludida lei previu vários mecanismos, dentre os quais, a transação penal, instituto esse que deve ser compreendido como uma proposta de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, com a finalidade de evitar a instauração de ação penal. Uma das maiores polêmicas que envolve a matéria se relaciona com a possibilidade ou não de transação penal em sede de ação penal privada. Ressalte-se que, em meio a fortes discussões, principalmente, doutrinárias, depreende-se a real possibilidade do uso do instituto da transação penal em sede de ação penal privada. Corrobora com esse pensar a dominante jurisprudência dos tribunais superiores. Verifica-se, então, a partir dos julgados e dos argumentos doutrinários atualmente considerados majoritários no seio da comunidade jurídica, que a transação processual ou penal prevista na Lei do JECrim decorre, essencialmente, da política criminal que informa o referido diploma e, sendo disposição benéfica, nada impede que o recurso à analogia permita sua aplicação no âmbito das ações penais exclusivamente privadas, mesmo diante da literalidade lacônica do art. 76, do suscita diploma legal.

Palavras-chave: Juizado Especial Criminal. Ação Penal Privada. Transação Penal. Possibilidade.

SYMBOLIC-INSTRUMENTAL PENDULUM OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW: CRIMESTRIBUTARY ORDER AS

Abstract

Under the auspices of the Criminal Justice and Restorative Consensual Criminal, Law 9.099/95, which created the Special Civil Court and Criminal, represents a milestone in the parental right, right, made fall to the ground, in the cases under its jurisdiction, the formalism of procedures solemn, imposing greater speed in solving processes. The aforesaid law provided several mechanisms, among which, the criminal transaction, the institute should be understood as a proposal to replace the deprivation of liberty for a restriction of rights, in order to prevent the prosecution of. One of the biggest controversies surrounding the matter relates to whether or not criminal transaction in place of private prosecution. It should be noted that in the midst of heated discussions, mainly doctrinal, it appears the real possibility of using the institute's headquarters in the transaction of criminal private prosecution. Confirming this thinking, the dominant jurisprudence of the courts had been taking place. There is, then, from the tried and doctrinal arguments now considered within the legal community, the transaction procedure or penalty under the Law of JECrim due mainly to the criminal policy that informs the said diploma, and being available beneficial nothing prevents the use of analogy allow its application in the context of criminal proceedings exclusively private, even what can be read in the art. 76, the statute raises.

Keywords: Special Criminal Court. Private Criminal Action. Criminal Transaction. Possibility.

1 INTRODUÇÃO

Sob o manto da Justiça Penal Restaurativa, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, representa um marco no direito pátrio, logo, ao introduzir os juizados especiais, fez com que caísse por terra, nas hipóteses de sua competência, o formalismo dos procedimentos solenes, impondo maior celeridade na solução dos conflitos.

Para atender a esse objetivo (celeridade), o aludido diploma legal uniu vários mecanismos, dentre os quais, a transação penal, instituto esse que deve ser compreendido como uma proposta de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, com a finalidade de evitar a instauração da ação penal.

A proposta de transação somente pode ser feita, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo (crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa), após o preenchimento de determinados requisitos objetivos e subjetivos, demais, só alcançará aquele que a aceitar.

Uma das maiores polêmicas que envolve a matéria se relaciona com a possibilidade ou não de transação penal em sede de ação penal privada.

Ressalte-se que, em meio a fortes discussões, principalmente, doutrinárias, depreende-se a real possibilidade do uso do instituto da transação penal em sede de ação penal privada. Corrobora com esse pensar a dominante jurisprudência dos tribunais superiores.

O que se verá, pois, será uma análise geral a respeito da Lei 9.099/95, em especial, a parte norteadora dos Juizados Especiais Criminais, principalmente, na matéria institucional da transação penal. Neste interim, as nuances doutrinárias e jurisprudenciais do polêmico tema.

Desta feita, o escopo do presente arcabouço teórico é trazer à baila o estudo da "Transação Penal na Ação Penal Privada(?)", neste diapasão, uma investigação bibliográfica e jurisprudencial.

Para tanto, usou-se, como método de abordagem exegética, o modelo sistemático e dedutivo. Ademais, como métodos de procedimento, foram empregados os três que seguem: o tipológico (Max Weber), o comparativo (Montesquieu) e o positivista (Emile Durkheim e Hans Kelsen).

2 DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A ordem constitucional inaugurada em 1988 determinou ao legislador a classificação das infrações penais em pequeno, médio, e grande potencial ofensivo, recomendando resposta proporcionalmente mais severa aos delitos de maior

gravidade (artigo 5º, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)).

No que toca aos delitos de escassa lesividade, a CF/88, em seu artigo 98, I, objetiva imprimir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional, revitalizar a figura da vítima (que assim sai do desprezo a que estava relegada e retorna ao centro das discussões criminológicas – atributo da Justiça Penal Restaurativa) e estimular a solução consensual dos litígios.

Anteriormente, consoante Antonio Scarance (2002, p. 202-209), a Emenda Constitucional (EC) nº 1/69, em seu artigo 144, §1º, "b", e a Lei nº 1.071/90, no Mato Grosso do Sul, já sinalizavam, ainda de modo tímido, essa inovação.

Fixado, pois, o panorama constitucional, sobreveio a legislação reguladora dos preceitos magnos. Após ter tratado da repressão aos delitos de maior gravidade, com diplomas de técnica legislativa sofrível, à guisa de exemplo, cite-se a Lei dos Crimes Hediondos - 8.072/90 e a Lei do Crime Organizado - 9.034/95, o legislador editou, em hora mais que oportuna, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que está em vigor desde 26 de novembro do mesmo ano e regulamentou os denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em atendimento ao supracitado dispositivo constitucional, neste passo, e por necessidade, utilidade e adequação, veio a tona a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais (LJECCF), Lei nº 10.259, que teve sua gênese em 12 de julho de 2001.

Sua parte criminal (leia-se: Lei 9.099/95 e 10.259/2001) instituiu um novo modelo de justiça, com características do modelo de Justiça Consensual ou Justiça Restaurativa (esta nascida na América do Norte e utilizada em vários Estados do mundo, com destaque no sistema penal dos Estados Unidos da América), criou institutos, como a composição civil do dano, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Desta feita, surge um novel tipo de jurisdição, que coloca a transação e o entendimento como metas e a vítima como prioridade. No lugar de princípios tradicionais do processo, tais como obrigatoriedade, indisponibilidade e inderrogabilidade (do processo e da pena), assume relevância uma visão moderna, que insere a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade e o consenso acima da ultrapassada jurisdição conflitiva. Até então, como se extrai da lição da insigne jurista Ada Pellegrini (2002, p. 56-78), havia o chamado espaço de conflito, isto é, o processo com enfrentamento obrigatório entre Ministério Público (MP) e acusado, sem disponibilidade ou possibilidade de acordo; todavia, com a nova regulamentação, nasceu, realce-se, a jurisdição consensual.

A partir daí, dogmas inquestionáveis, como o da inflexível obrigação do MP oferecer a denúncia, sem nenhuma possibilidade de disposição sobre o processo, ou da necessária e imperiosa resistência do acusado à pretensão punitiva, tiveram

de ser revistos. Em vez da jurisdição obrigatória e indisponível, na qual as partes ocupam trincheiras opostas em permanente vigilância e litígio, possibilita-se o entendimento.

A oportunidade, discricionariedade, informalidade, oralidade, simplicidade, economia processual, celeridade e a disponibilidade suplantam o caráter obrigatório e conflituoso do processo. Da mesma forma, o devido processo legal passa a ser, também, aquele em que se harmonizam os interesses de todos, mediante concessões recíprocas. O MP conquistou maior flexibilidade, podendo atuar sobre critérios de conveniência e oportunidade e estabelecer metas de política criminal, criando estratégias de solução dos conflitos jurídicos e sociais, com base em uma perspectiva funcional e social do direito penal. O acusado, por sua vez, passa a ter, no exercício constitucional da defesa, não mais um pesado fardo imposto pela constituição, que o obrigava, sempre, a submeter-se a um processo estigmatizante e traumático, do qual, muitas vezes, se pudesse, abriria mão, ainda que tivesse de aceitar alguma sanção de menor gravidade.

Nesse diapasão, a ampla defesa, tão característica do espaço de conflito, cede espaço, nos crimes de baixa lesividade, ao consenso.

Insta salientar que, se o acusado quiser e o acusador lhe propuser, poderá recusar-se a resistir contra a pretensão punitiva e aceitar, desde logo, uma proposta de acordo, sem que possa falar em ofensa ao princípio da ampla defesa.

Convém mencionar, ainda, como reforço do que foi aprioristicamente prescrito sobre Justiça Penal Restaurativa, que a vítima deixa de ser mero colaborador da justiça, relegado a segundo plano, para assumir papel de protagonista, em que seus interesses, inclusive os civis, não são esquecidos pelo processo criminal. Faz-se, dessa forma, em delitos de escassa lesividade social, uma sábia opção pelo sujeito passivo imediato da lesão, antes esquecido e desprezado, em detrimento da obsessiva busca de uma pena moral, inútil e ineficaz, na prática.

3 DA TRANSAÇÃO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Assevera o artigo 76, caput, da Lei 9.099/95:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Superada a fase da composição civil do dano, segue-se a da transação penal. Esta consiste, pois, em um acordo ce-

lebrado entre o representante do MP e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo.

Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade, fundamenta-se na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, de não a promover sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto.

É imperioso ressaltar que o MP não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas às exigências legais. Por essa razão, a faculdade do órgão ministerial é denominada (pela doutrina) discricionariedade “regrada ou limitada”.

3.2 PRESSUPOSTOS

Convém mencionar os pressupostos exigidos para a celebração do acordo penal, quais sejam: ser formulada proposta por parte do MP; tratar-se de crime de ação penal incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, caso em que deverá ser oferecida (com relação à possibilidade da transação penal em sede de ação penal privada, ver-se-á discussão, adiante, pormenorizada, o que é, indubitavelmente, análise central do presente opúsculo); não ter sido o agente beneficiado anteriormente no prazo de 05 (cinco) anos pela transação; não ter sido o autor da infração, condenado, por sentença definitiva, à pena privativa de liberdade (anote-se: reclusão, detenção ou prisão simples); não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado (TCO); haver circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (CP) favoráveis; ser aceita a proposta por parte do autor da infração e seu defensor (por este motivo é que não entendemos inconstitucional o instituto da transação penal. Ora, é dada oportunidade para aceitação, inclusive, com análise técnica - o que é, repita-se: irrefutável - por parte do defensor constituído, dativo ou público, “não podendo haver recusa de nenhum deles”, como se extrai da lição de Ada Pellegrini (2002, p 56-65). Para majoritária doutrina especializa, triunfa, em caso de divergência, a opinião técnica, o que é razoável).

3.3 PROCEDIMENTO

É sobremodo necessária, neste ponto, a análise procedimental referente à proposta. Pois bem, se a ação for condicionada à representação do ofendido, a existência da composição civil do dano, na fase anterior da audiência preliminar, impede a transação penal, visto que haverá extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único da Lei 9.099/1995); em se tratando de ação penal incondicionada, pouco impor-

ta tenha ou não ocorrido o acordo civil, pois ele não será considerado como causa extintiva (adiante analisaremos a possibilidade da transação penal mediante ação penal privada – núcleo da presente construção).

Mister salientar que o MP efetua, oralmente ou por escrito, a proposta consistente na aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, devendo especificá-la, inclusive quanto às condições ou ao valor, conforme o caso.

Em seguida, o defensor e o autor do fato poderão aceitá-la ou não. Há necessidade, como suscitado alhures, da aceitação dos dois para a garantia do princípio da ampla defesa; ressalve-se: havendo discordância, para alguns (minoría), deveria prevalecer a vontade do autor do ilícito, logo, quem pode mais, ou seja, desconstituir seu defensor, pode o menos, que é discordar de sua posição; entretanto, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que prepondera a vontade técnica do profissional sobre a do leigo, pois o primeiro, por ser conhecedor das leis, tem mais condições de aferir a conveniência ou não da aceitação.

3.4 HOMOLOGAÇÃO/SENTENÇA

Com efeito, aceita a proposta, será homologada por sentença pelo juiz; rejeitada, o promotor oferecerá a denúncia oralmente, prosseguindo-se o feito, ou requererá o arquivamento.

Neste caso, o juiz não é obrigado a homologar o acordo penal, devendo analisar, preliminarmente, a legalidade da proposta e da aceitação.

Se o MP não oferece a proposta ou se o juiz discordar do seu conteúdo, deverá, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal (CPP), remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça.

Convém notar, outrossim, a exceção legal: o art. 76, §1º, da lei criadora e reguladora do Juizado Especial Criminal (JE-Crim), que autoriza que o magistrado reduza a pena de multa pela metade.

É bem verdade que não se admite imposição da transação penal ex officio pelo juiz; ora, transação é acordo, que se faz entre partes, sem interferência da autoridade judiciária, à qual compete somente homologá-lo ou não; cabe, portanto, ao acusador e ao autor do fato, livremente, decidir pelo consenso, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

Neste sentido, ensina Fernando Capez (2011, p. 122-123) que o juiz só pode deixar de homologar o acordo se estiver em desacordo com as exigências legais (aspectos formais); se discordar do conteúdo ou da falta de proposta, deverá, como mencionado, aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal (CPP).

A natureza jurídica da sentença homologatória é, consoante a doutrina majoritária, em especial, a do erudito Fernando Capez (2011, p. 123), condenatória, faz, pois, coisa julgada formal e material.

Trata-se, no entanto, de condenação imprópria, que mais se assemelha a uma decisão meramente homologatória, uma vez que não implica admissão de culpabilidade por arte do autor do delito, que aceita a proposta com base em critérios de pura faculdade pessoal.

Convém prescrever, ao demais, que da decisão homologatória caberá apelação no prazo de 10 (dez) dias.

Para efeito de cumulação, mencione-se os requisitos da sentença homologatória: descrição dos fatos tratados; identificação das partes envolvidas; disposição sobre a pena a ser aplicada ao autor do fato; data e assinatura.

Quanto aos efeitos, diga-se: não gera reincidência; não gera efeitos civis, não podendo, portanto, servir de título executivo no juízo cível; não gera maus antecedentes, nem constará da certidão criminal; esgota o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais decidir sobre o mérito, a não ser em embargos declaratórios, oponíveis em 05 (cinco) dias; os efeitos retroagem à data do fato.

Finalmente, na hipótese de concurso de agentes, a transação efetuada com um dos coautores ou partícipes não se estende nem se comina aos demais.

3.5 DESCUMPRIMENTO DA PROPOSTA

Em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos imposta em virtude da transação penal, não cabe falar em conversão em pena privativa de liberdade, uma vez que, se assim ocorresse, haveria ofensa ao princípio de que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

No lugar da conversão, deve o juiz determinar a abertura de vista ao MP para o oferecimento da denúncia e instauração do processo-crime, neste sentido, mencione-se decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), prolatada, especificamente, pela 1ª Turma no RE 268.319/PR, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, j. em 13-6-2000, via informativo STF, n. 193. Há posicionamento, outrossim, no sentido de que se deve operar a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, nos termos do art. 181, §1º, "c", da Lei de Execuções Penais (LEP), até porque se trata de sanção penal imposta em sentença definitiva de condenação, chamada condenação imprópria porque aplicada em jurisdição consensual e não conflitiva. Como é cediço, este argumento é adotado pela 6ª (sexta) turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), à guisa de exemplo, pode-se mencionar o RHC 8.198, lançado no informativo 180, de 15 de março de 2000 do STF. Entretanto, a 2ª (segunda) turma do Supremo Tribunal Federal (Cf. STF, HC 79.572/GO, em 29-02-2000) assevera, em decisão, que: "a sentença que aplica a pena em virtude da transação penal não é condenatória nem absolutória, mas meramente homologatória"; tem

eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil (art. 584, III, do Código de Processo Civil (CPC)); descumprida a pena imposta, ocorre o descumprimento do acordo, conseqüentemente, os autos devem ser remetidos ao MP para que se requeira a instauração de inquérito policial (IP) ou se ofereça a denúncia.

4 DA AÇÃO PENAL PRIVADA

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ação penal de iniciativa privada também pode ser denominada ação processual penal condenatória de iniciativa privada ou, sinteticamente, como é mais conhecida e utilizada, ação penal privada.

Trata-se de ação penal em que o Estado confere a legitimidade para a causa ao ofendido ou ao seu representante legal. Em outras palavras, uma pessoa natural ou jurídica ou um ente privado pode se dirigir ao órgão jurisdicional criminal e pedir, por meio da queixa, o início do processo penal condenatório, em vez de ser o MP, por meio da denúncia.

Desta feita, cabe diferenciar a ação penal privada subsidiária da pública que, em essência, é uma ação penal pública, da ação penal exclusivamente privada, que será o objeto das análises empreendidas ao longo deste tópico.

Embora o *jus puniendi* pertença, exclusivamente, ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*), em algumas hipóteses. O direito de punir, como bem assevera Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 129), continua sendo do Estado, mas, ao particular, cabe o direito de agir. Justifica-se essa concessão à vítima quando seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público. Por essa razão, institui-se a ação penal privada, uma das hipóteses de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio.

Na mesma trilha, prescreve-se que o fundamento da ação penal privada é evitar que o *'streptus judicii'* (escândalo do processo) provoque, no ofendido, mal maior que a impunidade do criminoso, decorrente da não propositura da ação penal.

A diferença básica entre a ação penal pública e a ação penal privada seria, pois, apenas a legitimidade de agir; nesta última, extraordinariamente, atribuída à vítima apenas por razões de política criminal – em ambos os casos, todavia, o Estado retém consigo a titularidade do direito de punir.

Não bastante, admite Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 175) que, na ação penal privada, o Estado legitima o ofendido a agir em seu nome, ingressando com ação penal e pleiteando a condenação do agressor, em hipóteses excepcionais, em situações, nas quais, verifica-se nítido predomínio do interesse particular sobre o coletivo.

Como se depreende, consoante a doutrina tradicional, a

fundamentação da ação penal privada deita sobre o predomínio do interesse privado da vítima sobre o interesse público de punir (que seria mais destacado em outras espécies delituosas), permitindo que o juízo quanto à propositura da ação penal seja feito segundo a vontade do particular.

Contudo, há quem conteste a doutrina tradicional. Revele-se que Eugênio Pacelli (2009, p. 65-72) obtempera que, por força do dispositivo constitucional expresso (art. 129, CF/88), a regra é a persecução penal a cargo do Estado, por meio da ação penal pública, somente admitindo-se a iniciativa privada para crimes cuja publicidade, a partir da discussão judicial, seja particularmente gravosa à vontade do ofendido, deixando-se a este, portanto, o juízo de conveniência e oportunidade.

Com efeito, o caráter fragmentário e subsidiário da lei penal, segundo o qual a incriminação é a última *ratio* de intervenção do Estado na vida social, não permite concluir que um crime consagre apenas interesse privado, afirmando que, no caso da ação penal privada, o que há é apenas a discricionariedade da vítima quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da propositura da ação, assim como a liberdade para formar e manifestar sua convicção quanto à existência do crime e suficiência de provas.

Convém ponderar, ao demais, que, enquanto na ação pública incondicionada vigora o princípio da obrigatoriedade, a ação privada está submetida ao “princípio da oportunidade”. Cabe ao titular do direito agir com a faculdade de propor ou não a ação privada, segundo sua conveniência.

Sem sua concordância, pois, não se lavra o auto de prisão em flagrante (APF), não se instaura IP e, muito menos, consoante lição de Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 131), a ação penal. Essa é, aliás, uma das facetas do “princípio da disponibilidade”, ou seja, de propor ou não, e de prosseguir até o final ou não na ação privada. Diga-se, também, por outras formas: renúncia ao direito de queixa (art. 49, 50 e seu parágrafo único, do CPP), pelo não-aproveitamento do prazo decadencial para propor a ação (art. 38, CPP) e, depois de movida, pela possibilidade de perimi-la (art. 60, I e III, CPP) e de, em acordo com o querelado, perdô-lo (art. 51 a 59, CPP).

Há, também, o “princípio da indivisibilidade”, previsto no art. 48 do CPP, segundo o qual a ação penal privada não poderá ser proposta em face de somente alguns dos réus, importando em renúncia o oferecimento de queixa que não indique todos os envolvidos na conduta delituosa.

Para alguns grandes juristas, a omissão involuntária de um dos acusados na queixa poderá ser suprida por aditamento promovido pelo MP, o que não é aceito por Fernando Capez (2002, p. 124-125), que, fazendo menção aos eruditos suscitados, leia-se Tourinho Filho e Júlio Fabbrini Mirabete, pronuncia-se no sentido de que o aditamento importaria em burla da titularidade do direito de agir conferido ao particular.

Por fim, o “princípio da intranscendência” veda o ajuizamento da ação penal em face de quem não tenha envolvimento comprovado no crime, seja como autor, seja como partícipe. Tal postulado, no entanto, aplica-se a todas as ações penais, mesmo às públicas, não sendo algo que distinga a ação penal privada da pública.

Assim, afora algumas divergências, quanto à natureza dos interesses tutelados pelas normas que atribuem ao particular a titularidade da ação penal, a doutrina é acorde ao reconhecer a discricionariedade do ofendido não só para a propositura da ação, mas, também, para a sua continuidade, o que é revelado através dos institutos que, por ato de vontade do ofendido, ensejam a extinção da punibilidade dos crimes de ação privada (renúncia, perdão, decadência e perempção), todos decorrentes da disponibilidade da ação penal, submetida unicamente ao juízo de oportunidade e conveniência efetuado pela vítima, hoje, mais do que antes, revalorizada pelo processo penal.

5 DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA

5.1 JUSTIFICATIVAS

Cumpra reprimir, aprioristicamente, que a proposta de transação somente pode ser feita quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo (crimes os quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa), após o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos analisados alhures. Note-se que a sua aceitação representa concessões feitas por ambas as partes: o Ministério Público ou querelante cede em relação a sua pretensão punitiva e o imputado a possibilidade de se ver processado e até condenado.

A Constituição Federal, ao regulamentar a matéria, no seu artigo 98, I, não fez qualquer restrição quanto à aplicação do instituto da transação penal em sede de ação penal privada, dispondo apenas que:

a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juizes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Nesses moldes, como a própria norma constitucional não traz limitações outras que não a de se enquadrar o crime no conceito de infração de menor potencial ofensivo, não cabe

ao legislador ordinário ou intérprete restringir o alcance dos juizados especiais. Essa é a interpretação conferida depois do enunciado 49 do Fonaje (Fórum Nacional de Juizados Especiais). Assim, na ação de iniciativa privada, cabe transação penal, inclusive por iniciativa do querelante.

Esse foi o entendimento adotado pela Segunda Câmara Criminal do STJ (HC 840.156/8-00) que, por unanimidade, em sede de infração de menor potencial ofensivo, determinou a anulação da decisão que recebeu queixa-crime sem oferecer oportunidade para transação penal. Segundo os membros do tribunal, o instituto da transação penal não pode ser tratado como uma exclusividade da ação penal pública, devendo ser compreendido como um direito subjetivo do réu e não uma faculdade do titular da ação penal.

Contudo, assevere-se que o art. 76 da Lei do JECrim, ao tratar da transação penal, nada menciona a respeito de potencial transação penal ser realizada em sede de ação penal privada, o que encerraria o assunto diante de uma interpretação gramatical ou restritiva, senão vejamos:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Malgrado se tenha essa primeira noção, determinado setor da doutrina (majoritariamente) defende a possibilidade da aplicação desse instituto “despenalizador”, também, na ação penal privada. Nesse sentido, tem-se Eugênio Pacelli de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho, Scarance, Luiz Flávio Gomes, entre outros.

É bem verdade que se deve vislumbrar um interesse maior na efetiva realização de uma política criminal alternativa, assim como o interesse do próprio acusado de se valer, querendo, dessa resposta estatal alternativa.

Adite-se, ademais, por exemplo, que a vítima, além do tradicional interesse na reparação civil do delito, possui interesse na punição do agente.

Nesse diapasão, conste-se que a vítima que vê frustrado o acordo civil do art. 74, da Lei do JECrim quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Assim, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal, reduza-se à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se veem razões válidas para obstar a via da transação que, se aceita pelo atuado, produzirá seus feitos.

Destaque-se que, no STJ (HC 13337/RJ), há entendimento majoritário a respeito do cabimento da transação penal na esfera da ação penal privada. Declina-se, pois, a decisão: “a Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do

processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (Precedentes)”.

Demais, a Ap. n. 390/DF, julgado em 01/06/2005, no STJ: “tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta de transação penal deve ser feita pelo querelante (precedentes do STJ)”.

Porém, há que se frisar que considerável setor da doutrina é dissonante quanto à possibilidade de aplicação da transação penal, como, também, da suspensão condicional do processo à ação penal privada. Á guisa de exemplo, insere-se nessa linha: Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 128), Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 137), Marcelus Polastri Lima (2001, p. 63 e 148), Rômulo de Andrade Moreira (2003, p. 237-238), Fernando Capez (2011, p. 122), entre outros.

Os argumentos dessa corrente escoram-se, basicamente, em dois pontos fundamentais: (i) ausência de previsão legal e (ii) o fato da vítima, no processo penal brasileiro, não ter interesse na aplicação de uma pena ao autor do fato, mas, apenas, na reparação civil do dano.

Ademais, advertem que, na ação penal privada, em razão dos princípios da oportunidade e disponibilidade, o ofendido já possui um amplo leque de possibilidades, que lhe permitem renunciar ao direito de queixa (renúncia, decadência) ou mesmo desistir da ação ofertada (perdão, perempção), sendo-lhe, portanto, desnecessária a transação e a suspensão.

Nessa esteira, Marcelus Polastri Lima (2003, p. 237-238) afirma:

Ora, a vítima não tem interesse na aplicação da pena, pois [...] tal interesse é do Estado [...]. Caso a parte privada queira beneficiar o agente, o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão.

É sobremodo relevante assinalar que, quanto à alegação de já existir, para as ações privadas, a disponibilidade da pretensão punitiva (renúncia, perdão, etc.), não parece decisivo argumento para impedir a aplicação da transação penal na ação penal privada. Em primeiro lugar, porque a opção pela proposta em sede de transação penal se inseriria no âmbito da mesma disponibilidade, podendo o querelante dela se valer ou não, segundo o seu juízo de conveniência. Em segundo lugar, e isso parece fundamental, não há motivo para não se estender às ações privadas a adoção de medidas “despenalizadoras”, quando deixadas à escolha do seu autor, e não como imposição do Estado.

Ora, se o próprio Estado, titular da maioria das iniciativas penais, entende, politicamente, conveniente e adequada a utilização de critérios processuais não punitivos, por que não permitir a mesma via em todos os crimes, para os quais a reprovabilidade seja equivalente?

Como suscitado, a jurisprudência brasileira comunga

esse mesmo entendimento. O STJ, através do Ministro Felix Fischer, em julgado já citado (vide pág. 22), proclamou que a Lei n. 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação penal, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada.

Nesse interim, a Ministra Laurita Vaz (STJ, HC n. 34.085/SP) deixou estabelecido que a terceira seção do STJ fixou pensamento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei do JECrim aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante “ação penal exclusivamente privada”. Ressalte-se que tal aplicação se estende aos institutos da transação penal e da suspensão do processo.

Ainda nesse sentido, o Ministro Gilson Dipp (STJ, HC n. 33.929/SP), asseverou que a Lei do JECrim incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, “permitindo a transação” e a suspensão condicional do processo, “inclusive nas ações penais exclusivamente privadas”.

Traço importante e determinante da doutrina se manifesta a respeito da aplicação analógica do art. 76 da Lei do JECrim à ação penal privada, em especial, Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 142-143), logo, deve-se permitir que a faculdade de transacionar, em matéria penal, estenda-se ao ofendido, titular da queixa-crime. Isso porque, como somente deste é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o MP, nesses casos, limitar-se a opinar.

Entretanto, por raciocínio concludente, depreende-se que as infrações de ação penal privada admitem os institutos da transação penal, os quais podem ser propostos pelo MP, desde que não haja discordância da vítima ou seu representante legal, o que impõe considerar que o ofendido é quem detém discricionariedade para a propositura.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, então, a partir dos julgados e dos argumentos doutrinários atualmente considerados majoritários no seio da comunidade jurídica, que a transação processual ou penal prevista na Lei do JECrim decorre, essencialmente, da política criminal que informa o referido diploma e, sendo disposição benéfica, nada impede que o recurso à analogia permita sua aplicação no âmbito das ações penais exclusivamente privadas, mesmo diante da literalidade lacônica do art. 76 do suscita diploma legal.

Ademais, diante do silêncio constitucional e legal a respeito de outro critério distintivo que não os limites máximo e mínimo da pena, respectivamente, na transação penal, não há como abandonar a política criminal de solução consensual

de litígios que inspirou a Lei do JECrim (Justiça Restaurativa) para, em nome de meras questões linguísticas, deixar de aplicar seus institutos “despenalizadores” nas ações penais exclusivamente privadas.

O caráter benéfico de tais normas, marcadamente híbridas (processuais-penais), autoriza recurso à analogia in bonam partem (admitida em nosso ordenamento), muito bem lançado pela jurisprudência, permitindo, sim, a aplicação do instituto da transação às ações penais exclusivamente privadas.

Desta forma, o papel da vítima no modelo de justiça do

JECrim é revalorizado. Proporciona-se ao ofendido maior relevo na cena processual e se admite seu interesse não só na formação do título executivo judicial, mas, também, na própria punição penal do autor do fato, cujas possibilidades são aumentadas e incrementadas.

Portanto, não se pode opor a disponibilidade da ação penal privada como óbice à aplicação dos institutos do JECrim num contexto legal em que a própria obrigatoriedade da ação penal pública é flexibilizada, com a técnica da discricionariedade regrada.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 128.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal In: _____. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: _____. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais In: _____. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p. 122-123.
- _____. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2002.p. 124 e 125.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. Ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 201-209.
- LIMA, Marcelus Polastri. **Novas Leis Criminais Especiais**. Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63 e 148.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. Ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 129.
- _____. **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed.São Paulo: Atlas, 2002, p. 137.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 175.
- PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 585-586.
- PELLEGRINI, Ada et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n.º 9.099/95**. 4. Ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56-78.
- SILVEIRA, José Joerlan Holanda. **Ação Penal e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**. Natal: RN/UnP/BSRF, 2010. 117f.